

30 januari 2019

COMMENTAAR BIJ HET VOORSTEL VAN WET TOT WIJZIGING VAN BOEK 7 VAN HET BURGERLIJK WETBOEK IN VERBAND MET DE INVOERING VAN REGELS OMTRENT DE FRANCHISEOVEREENKOMST (WET FRANCHISE)

1. Algemeen

- 1.1. De Vereniging van Gall & Gall Franchisenemers ("**VGGF**") behartigt de belangen van alle Nederlandse detailhandelaren (slijterijen) die krachtens een met Gall & Gall B.V. ("**G&G**") gesloten franchiseovereenkomst wijnen en sterke dranken aan consumenten verkopen. De leden van de VGGF zijn zelfstandig en moeten onderscheiden worden van de eigen winkels van G&G.¹
- 1.2. G&G maakt onderdeel uit van de door Koninklijke Ahold Delhaize N.V. geleide groep van ondernemingen. G&G verkoopt de G&G producten niet alleen via de leden van de VGGF en de eigen winkels, maar ook via haar eigen webshop (www.gall.nl). Aldus bezien beconcurrereert G&G dus haar franchisenemers, met dien verstande dat partijen hierover met elkaar goede afspraken hebben gemaakt.
- 1.3. De VGGF heeft kennisgenomen van het voorstel voor de invoering van de Wet Franchise. Meer in het algemeen juicht zij dit voorstel toe, aangezien het neerkomt op een versterking van de positie van de zelfstandige franchisenemers, d.w.z. de leden van de VGGF.
- 1.4. De VGGF zal in dit commentaar geen opsomming geven van alle zaken die naar haar oordeel als positief moeten worden beschouwd. Zij beperkt zich hieronder tot het plaatsen van enkele kernopmerkingen. Mogelijk dat individuele G&G franchisenemers zelf ook commentaar leveren.

2. Franchiseformule

- 2.1. In artikel 911 sub a van het wetsvoorstel is een definitie opgenomen van het begrip 'franchiseformule'. In deze definitie worden slechts twee relevante kenmerken daarvan genoemd, t.w.:
 - a. een handelsmerk, model, gebruiksmodeel of handelsnaam, huisstijl of tekening, en

¹ Ongeveer 1/3 van de totale G&G-omzet die wordt gerealiseerd in de 600 Gall & Gall winkels in Nederland kan worden toegerekend aan de leden van de VGGF.

- b. knowhow, zijnde een geheel van niet door een intellectueel eigendomsrecht beschermde praktische informatie, voortvloeiend uit de ervaring van de franchisegever en uit de door hem uitgevoerde onderzoeken, welke informatie geheim, wezenlijk en geïdentificeerd is.
- 2.2. In de praktijk is het van groot belang voor franchisenemers om exact te vernemen waar de betrokken formule uit bestaat. Dit belang hangt samen met het gegeven dat de franchisenemers aan de franchisegever een vergoeding moeten betalen (de franchise fee) voor het exploiteren van de franchiseformule (zie definitie artikel 911 sub f).
 - 2.3. De VGGF constateert dat het in de praktijk nogal eens voor komt dat onvoldoende duidelijk is of een bepaalde door G&G verstrekte dienst moet worden beschouwd als te vallen binnen het begrip 'franchiseformule', als gevolg waarvan deze geacht moet worden te worden bestreken door de franchise fee, of dat deze dienst daarvan geen onderdeel uitmaakt. In dat laatste geval is de franchisegever uiteraard geneigd voor deze dienst een separate vergoeding te bedingen. Hierover ontstaat in de praktijk wel eens een verschil van inzicht. In een dergelijke situatie trekken de franchisenemers snel aan het kortste eind, aangezien de betrokken dienst niet expliciet staat beschreven als onderdeel van de franchiseformule, hoewel het naar het oordeel van de VGGF in een aantal gevallen volstrekt duidelijk is dat het hier niet gaat om een terloops verstrekte dienst, maar om een dienst die de kern uitmaakt van de relatie tussen franchisenemer en franchisegever.
 - 2.4. De VGGF dringt er dan ook op aan dat in de definitie van het begrip 'franchiseformule' wordt duidelijk gemaakt dat het gaat om een 'eenvormige commerciële formule' waarvan de omvang in duidelijke bewoordingen schriftelijk is vastgelegd. Daarmee is niet gezegd dat deze franchiseformule dus in steen gebeiteld is, maar wel dat als er zaken moeten worden gewijzigd duidelijk is of deze wel of niet onderdeel uitmaken van de franchiseformule (en de franchise fee).

3. Verstrekking informatie tijdens de duur van de franchiseovereenkomst

- 3.1. In artikel 913 van het wetsvoorstel is o.m. bepaald dat de franchisegever tijdens de duur van de franchiseovereenkomst alle informatie verstrekt waarvan zij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze voor de ander van belang is of kan worden.
- 3.2. In het geval van G&G is deze informatie, vanwege de in de franchiseovereenkomst gemaakte afspraken, van groot belang; er zijn financiële consequenties aan verbonden. Het gaat dan voornamelijk om informatie over door G&G te verstrekken diensten of gemaakte kosten, die volgens een bepaalde sleutel verdeeld worden tussen G&G en de leden van de VGGF. De VGGF acht het om die reden van groot belang

dat de franchisenemers in staat gesteld worden deze informatie op juistheid en volledigheid te doen controleren (door een accountant).

- 3.3. De VGGF dringt erop aan dat in artikel 913 duidelijk wordt gemaakt dat de aldus te verstrekken informatie accuraat en verifieerbaar is.

4. Goodwillvergoeding

- 4.1. De VGGF juicht in beginsel toe dat uit artikel 919 lid 1 sub b volgt dat de franchisegever bij de beëindiging van de relatie in beginsel een goodwillvergoeding verschuldigd is aan de franchisenemer. Zij plaatst echter vraagtekens bij het gegeven dat kennelijk in de franchiseovereenkomst bepaald moet worden hoe deze vergoeding moet worden berekend. Dat geeft wel erg weinig houvast. Daarbij komt dat in de Memorie van Toelichting² wel erg makkelijk wordt gesteld dat bij hard franchise de goodwill, 'zo niet alle', toe te rekenen is aan de franchisegever. Als de tekst op dit punt ongewijzigd blijft zal er van een goodwillvergoeding in de G&G franchiseovereenkomst vermoedelijk weinig terecht komen, aangezien G&G zich ongetwijfeld op het standpunt zal stellen dat de goodwill haar is toe te rekenen, niet de franchisenemers. En dat is op zichzelf geen juist uitgangspunt, aangezien het vaak juist de ondernemer zelf is die het verschil maakt. In de oorsprong zijn er vaak ondernemers, die al een slijterij exploiteerden, benaderd om franchisenemer te worden omdat het voor de franchisegever niet rendabel was daar een vestiging te exploiteren. Dit geldt ook voor nieuwe vestigingen waar franchisegever het marktgebied in beginsel te klein achtten. Dat verklaart ook waarom ook bij hard franchiseformules toch grote onderlinge verschillen bestaan.
- 4.2. Naar het oordeel van de VGGF zou het beter zijn gewoon aansluiting te zoeken bij het gestelde in artikel 7:442 BW (agentuur). Dienaangaande is al sprake van de nodige rechtspraak. Een dergelijke handelswijze komt overeen met die welke in de Duitse rechtspraak is ontwikkeld op basis van artikel 89b *Handelsgesetzbuch*, waarbij uitgangspunt is in hoeverre een klantenbestand mee overgaat op de nieuwe franchisenemer, of de franchisegever. Indien dat het geval is heeft de oude franchisenemer recht op de zgn. *Ausgleichsanspruch*.
- 4.3. In de Memorie van Toelichting zou het al dan niet bestaan van een post-contractueel non-concurrentiebeding (vgl. artikel 919 lid 3) nog genoemd kunnen worden als een extra argument om in een concreet geval de franchisenemer recht te geven op een goodwillvergoeding. Een dergelijk beding zal immers primair bedoeld zijn om ervoor te zorgen dat de opgebouwde goodwill voor de franchiseketen behouden blijft. Gegeven het feit dat het voor een ondernemer met een slijterij vrijwel onmogelijk is om na

² MvT p. 30.

afloop van de franchiseovereenkomst op dat vlak verder te gaan bij het bestaan van een post-contractueel non-concurrentiebeding is er veel voor te zeggen in dat geval een goodwillvergoeding toe te kennen. Daarmee (vgl. artikel 7:442 lid 2 BW, waar deze vergoeding ook beperkt is tot maximaal een jaar) kan de betrokken franchise-nemer het jaar waarin het post-contractuele non-concurrentiebeding geldt (volgens artikel 919 lid 3 sub a ook maximaal een jaar) overbruggen. Dit is met name van belang voor franchisenemers die gevestigd zijn in een vestigingspunt waarvan zij zelf eigenaar zijn.

5. Wijziging franchiseformule

- 5.1. In artikel 920 van het wetsvoorstel is bepaald dat voor een wijziging van de franchiseformule die voor de exploitatie ervan 'aanzienlijke gevolgen' heeft in beginsel de instemming van 2/3 van de verenigde franchisenemers nodig is, of de instemming van alle onverenigde franchisenemers. Dit geldt uitsluitend als deze wijziging niet wordt opgenomen in de franchiseovereenkomst. Gebeurt dat laatste wel, dan kan teruggevallen worden op het gestelde in artikel 919 lid 4, waarin een zelfde criterium is opgenomen.
- 5.2. De VGGF vreest dat de opgeworpen drempel in de praktijk te hoog is, waardoor wijzigingen snel buiten deze bepaling zullen blijven. Ook zou een franchisegever ervoor kunnen kiezen een wijziging gefaseerd in te voeren, waarbij elke fase op zichzelf bekeken wellicht geen aanzienlijke gevolgen heeft, maar het geheel van deze wijzigingen wel.
- 5.3. De VGGF dringt erop aan de drempel te verlagen, door niet te spreken over 'aanzienlijke' gevolgen, maar over 'wezenlijke' gevolgen. Deze laatste kwalificatie wordt overigens ook in veel commerciële contracten gehanteerd, bijv. bij de vraag of een schending van een bepaling tot ontbinding kan leiden. Ook dan wordt vaak gesteld dat dit alleen maar kan bij 'wezenlijke' verplichtingen. Ook ten aanzien van dit begrip is in de rechtspraak al de nodige ervaring opgedaan. In de Memorie van Toelichting kan worden aangegeven dat voorgenomen wijzigingen niet alleen op zichzelf moeten worden beschouwd, maar dat rekening moet worden gehouden met eerdere en nog voorgenomen toekomstige wijzigingen.

6. Samenvatting

- 6.1. De VGGF zou graag zien dat het wetsvoorstel op de volgende punten wordt aangepast:
 1. In de definitie van het begrip 'franchiseformule' in artikel 911 sub a zou moeten worden aangegeven dat deze in duidelijke bewoordingen schriftelijk moet zijn vastgelegd.

2. In artikel 913 zou moeten worden aangegeven dat de te verstrekken informatie accuraat en verifieerbaar moet zijn.
3. In artikel 919 lid 1 sub b zou moeten worden aangegeven dat de franchisegever bij het einde van de relatie in beginsel recht heeft op een goodwillvergoeding naar analogie van het gestelde in artikel 7:442 BW, terwijl in de Memorie van Toelichting zou moeten worden vermeld dat deze vergoeding met name verschuldigd is indien de franchiseovereenkomst een post-contractueel non-concurrentiebeding bevat als bedoeld in artikel 919 lid 3.
4. In artikelen 919 lid 4 en 920 zou de aldaar bedoelde instemmingsplicht moeten worden aangenomen indien sprake is van een wijziging van de franchiseovereenkomst resp. franchiseformule (of een afgeleide formule) die wezenlijke gevolgen heeft voor de exploitatie van de franchiseformule door de franchiseformule. In de Memorie van Toelichting zou erop moeten worden aangedrongen individuele wijzigingen in een ruimer geheel te beoordelen.

Namens het bestuur Vereniging van Gall & Gall Franchisenemers
en ondernemer,
Rick Huisman
Voorzitter